

## Reis Júnior: A (ir)racionalidade legislativa no crime de concussão

A criação de uma norma penal incriminadora exige de seu elaborador atenta análise acerca da necessidade de intervenção penal, já que o Direito Penal, enquanto mecanismo de ingerência na ordem jurídica, deve proteger determinado bem jurídico apenas quando os demais ramos do ordenamento jurídico não se mostrarem eficazes em sua tutela, tendo em vista o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. Além disso, o bem jurídico penal deve encontrar agasalho na Constituição Federal de 1988, sob pena de ser considerado inconstitucional. À análise dos crimes contra a Administração Pública,



dispostos nos artigos 312 ao 326 do Código Penal, e sua norma explicativa prevista no artigo 327, fazem concluir pela legitimidade dos bens jurídicos ali dispostos, já que são condutas que maculam a Administração Pública e como tais merecem atenção penal, em submissão, especialmente, aos princípios da moralidade e da eficiência da Administração Pública, conforme previsão legal no artigo 37, *caput*, da Carta da República de 1988. Em razão de tal previsão constitucional, pode-se afirmar que a efetiva criminalização dessas condutas é mandado constitucional implícito (de criminalização e penalização) determinado pelo referido dispositivo.

Dos delitos previstos no Título XI ("Dos crimes contra a administração pública"), especificadamente em seu Capítulo I ("Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração geral"), chamamos a atenção o artigo 316 do Código Penal, que dispõe sobre o crime de concussão, cuja adequação típica se dá quando o funcionário público exige "*para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida*".

O esborço histórico-legislativo recente desse crime, em conjectura com o delito de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal [1], leva à conclusão de absoluta ausência de técnica legislativa na construção de tais tipos penais, que, nesse caso, soma-se ainda à ofensa aos princípios da proporcionalidade [2] e da individualização da pena, este em sua fase primária, ou seja, na etapa de construção legislativa do tipo penal. Isso porque, até o advento da recente Lei 13.964/19 (pacote "anticrime"), a pena cominada ao delito de concussão, de ação nuclear "exigir", era de dois a oito anos de reclusão, enquanto o crime de corrupção passiva, cujas ações nucleares *alternativas* são "solicitar ou receber", comina pena de dois a 12 anos de reclusão, ou seja, havia maior reprovação, em termos de pena, ao crime de corrupção passiva, embora este, em suas figuras nucleares (frise-se: alternativas), tenha menor reprovabilidade social, já que a concussão é uma espécie de extorsão praticada por funcionário público, que *exige* vantagem indevida, enquanto na corrupção há mera *solicitação* ou *recebimento* de vantagem indevida.

Na tentativa de corrigir a violação a tais princípios norteadores da elaboração das normas penais incriminadoras, em 2019 a Lei 13.964 elevou a pena máxima do crime de concussão para 12 anos de reclusão, mantendo a mínima em dois anos. À primeira vista, poder-se-ia conjecturar que houve efetiva correção e correspondência à proporcionalidade e à individualização da pena, por meio dessa *novatio legis in pejus*, contudo, trata-se de mera ficção legal, já que as penas de ambos os crimes são iguais (tanto as mínimas quanto as máximas), quando, corretamente, deveriam ser diferentes, porquanto o crime de concussão é pluriofensivo, já que tolhe dois bens jurídicos, quais sejam: a Administração Pública e a liberdade pessoal. Em síntese, por ser a ação nuclear "exigir" mais grave que as ações nucleares "solicitar" ou "receber", a pena cominada à concussão — mínima e máxima — deveria ser maior, comparativamente à pena do crime de corrupção passiva, em submissão a tais princípios.

Em que pese tal constatação, a imprudência legislativa na construção do crime de concussão não se resume a isso. Ao dispor sobre o excesso de exação, o §1º do artigo 316 do Código Penal dispõe que: "*Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: Pena — reclusão, de três a oito anos, e multa*". É importante registrar que a forma vexatória ou indevida de cobrar tributos ou contribuições sociais, realizada pelo funcionário público, tem por foco que os valores recolhidos sejam destinados, exclusivamente, aos cofres públicos, ou seja, não há direcionamento dos valores às mãos do funcionário público cobrador, mas, sim, ao ente público.

A cobrança vexatória ou indevida, somada à respectiva apropriação dos valores recebidos pelo funcionário, adequa-se à moldura típica descrita no §2º do mesmo artigo, que dispõe: "*Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos: Pena — reclusão, de dois a doze anos, e multa*". Embora a pena máxima dessa forma qualificada seja maior do que aquela descrita no parágrafo anterior, não se pode olvidar que a pena mínima aqui (dois anos) é menor do que a pena mínima descrita no §1º do artigo 316 do Código Penal (três anos), fato que não guarda qualquer proporcionalidade nessa construção legal.

Portanto, em determinados casos, considerando ser o agente primário que não tenha contra si circunstâncias judiciais desfavoráveis e circunstâncias legais agravantes ou, ainda, que não haja continuidade delitiva, ou seja, que hipoteticamente será aplicada a pena mínima, pelo julgador, torna-se proeminente que é mais vantajoso, na cobrança vexatória ou indevida, que o dinheiro obtido seja apropriado, integralmente, para si ao invés de destiná-lo ao ente público, porquanto a pena na primeira hipótese será de dois anos e na segunda será de três anos de reclusão.

Realmente, a desatenção legislativa na elaboração dessa norma penal, além de tolher os princípios da proporcionalidade e individualização da pena, na jogatina criminosa instiga o infrator à prática de crime com maior reprovabilidade, já que a resposta penal é mais amena.

Do exposto, conclui-se pela necessidade de nova intervenção legislativa no crime de concussão, tanto em relação ao *caput* do artigo 316, quanto no que tange aos seus parágrafos, para que haja sintonia e efetiva correspondência ao bem jurídico-penal tutelado, assegurando, dessa forma, acato aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena. Enquanto isso não ocorre, cabe ao julgador, ao deparar com casos relacionados à violação ao §1º do artigo 316 do Código Penal, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade relacionada a pena mínima do mesmo e, dessarte, seguir a dosimetria a partir da pena mínima descrita no §2º do artigo 316 do Código Penal, ou seja, de dois anos, em correspondência aos princípios aqui expostos.

[1] Dispõe artigo 317, do Código Penal: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena — reclusão, de dois a 12 anos, e multa".

[2] Ao escolher o bem jurídico que será protegido pela norma penal caberá ao legislador, no processo de positivação, atentar ao princípio da coerência lógica, em submissão à legalidade, na definição de suas elementares, bem como no princípio da proporcionalidade na fixação dos limites mínimo e máximo de sanção penal. É necessário que haja coerência endonormativa, ou seja, interna do ordenamento jurídico-penal, em submissão à legalidade e proporcionalidade (REIS JUNIOR, Almir Santos. Constituição e Crime. In: PONTE, Antônio Carlos da. Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 20-21).

#### **Date Created**

04/01/2022